

論 説

中国における民事法の継受と 「動的システム論」(三)

—— 日中両国の法継受についての反省メカニズムの解明 ——

顧 祝 軒

序

第一章 中国における法の継受に関する歴史的沿革

第一節 中国における西欧法継受の初期的諸相

第二節 中国における日本法の継受(77巻4号)

第二章 改革開放期の中国における民事法の継受に関する考察

第一節 七十年代末期以降の中国における民事法の継受に関する横断的素描

一 新中国成立後の法継受の回顧

二 1980年代における法の継受

三 1990年代における民法典編纂に対する学界の関心

1 民法典の制定計画と方針

2 民法典制定に向けて中国人法律家の四つの草案大綱(78巻1号)

3 具体的法分野における法の継受

四 小結

1 四つの時期区分

2 歴史過程としての法継受

第二節 中国の土地賃貸借法制における法の継受とその「反省メカニズム」

一 改革開放前における土地法制度

1 国家土地所有権の形成過程

2 国家土地所有権の範囲

3 都市における土地の無償無期限利用

二 改革開放の初期における土地法の継受系譜

1 経済特区における実務上の法継受現象

- 2 敷地使用権の創設
 - 3 出讓土地使用権の創設
 - 三 改革開放の中期における土地制度に関する法継受の拡大化
 - 1 立法的継受
 - 2 法の継受効果の拡大化
 - 四 土地制度に関する法継受の「自己反省化」
 - 1 国有企業用地制度の改革と諸法律の整備過程
 - 2 国有企業の用地制度改革への反省（賃貸借土地使用権の創設）
 - 3 小括
 - 五 中国の土地賃貸借法制における法継受の戦略
 - 1 法継受の媒介形態としての「法律試行」
 - 2 中国の土地賃貸借法制における法継受の戦略
 - 六 中国の土地賃貸借法制における法継受のモデル転換
 - 1 土地物権に関する継受法の対象転換
 - 2 用益物権の構成
 - 3 まとめ
 - 七 小括——中国の土地賃貸借法制における法継受の「反省メカニズム」（以上本号）
- 第三章 日本の賃貸借法制における法の継受とその「反省メカニズム」
- 第一節 日本の賃貸借法制における法の継受に関する三つの時代区分
- 第二節 「正当事由法理」・「信賴關係法理」から見た賃貸借法制における法継受の「反省メカニズム」
- 第四章 「正当事由法理」・「信賴關係法理」における「動的システム論」の展開
- 第五章 中国における民法典の継受と「動的システム論」
- 結び

（3）徐国棟案（中国アモイ大學法学院教授）

a 民法典の編成

徐案は、編においては、「法学提要」（Institutiones）の体系を採り入れ、分編においては、オランダ新民法典および1995年ロシア民法典の形式にならって、いわゆる「新パンテクテン体系」を採用し、序編と附則編においては、ラテンアメリカ（主にブラジル、チリなど）の民法典の体系を参照した、と徐教授は自ら言う。このような認識に基づいて、民法典の構成に関

する以下のような試案を作成している。

序編：小総則；

第一編：身分法：第一分編「自然人法」、第二分編「法人法」、第三分編「親族法」、第四分編「相続法」

第二編：財産関係法：第一分編「物権法」、第二分編「知的財産法」、第三分編「債権総論」、第四分編「債権各論」

附則編：国際私法。

b 民法典編成の理論的根拠

以上の民法典編成の理論的根拠について、徐教授は次のように分析する。

①編の構成について

「法学提要」体系は「人」、「物」、「訴訟」の三編制からなる。三編制の最大の特徴は「人法」を有していることであり、これはドイツ民法典の「総則」によって隠された部分である。「人法」と対立するのは「物法」である。哲学の視点からみると、「人法」と「物法」との対立は「人」と「物」との対立をもってその基礎をなしており、すなわち、主体と客体あるいは精神と物質との対立でもある。このような対立の中、三編制は「主体」あるいは「精神」が第一的なものであると考えて、民法の角度からみると、民法はまず身分関係を調整し、それから財産関係を調整する、ということを表わしたのである。したがって、「我が民法典草案は、編成において、三編制から発展してきた二編制（「訴訟編」は独立した——引用者注）を採用し、その目的はかかる体系に含まれる思想や理念を承継し、とりわけ民法はまず身分関係を調整するとの理念を承継するところにある」、と徐教授は強調したのである。

②分編の構成について

徐教授は、まずドイツ民法典のパンテクテン体系は次のような欠陥を有していると分析した。すなわち、ドイツ民法典は「総則をもって三編制の『人法』を埋もれさせ、それによって私法における人の中心的地位を抹殺

した」。さらに、ドイツ民法典は「法学提要」体系にある「人法」の部分
を総則と親族に分けているため、ローマ法にある「人法」と「物法」の二
分的構成を破壊していると言⁽⁵⁴⁾う。

続いて、徐教授はオランダおよびロシアの両民法典を例として取り上
げ、次の点に注目した。すなわち、1995年ロシア民法典においては、債権
法が「債権総論」と「債権各論」の二編に分けられ、さらに「知的財産
権」が単独一編として規定されたこと、オランダ新民法典においては、
「総則」の内容が分解され、二つの「小総則」（「財産法総則」と「債権法総
則」）が規定されたことにそれぞれ注目した。徐教授は、右の「二つ民法
典体系は現在世界では最も影響力のある体系である」と信じ、「それゆえ、
われわれの民法典草案の構成を考える際には、（右の二つ法典の）その合理
性を考慮する必要がある、かつ、参照しなければならない」と主張した。⁽⁵⁵⁾

③序編と附則編の構成について

徐教授によれば、「序編と附則編の設置は、主に『人法』—『物法』の
純粹的な構造を妨害するその他の民法の内容を二次的な部分として規定
し、それによって民法の調整対象に関する私の考え方を示す。理論の源泉
からみると、序編の設置は、主にラテンアメリカ民法典を参照した」と述
べる。スペイン語圏やポルトガル語圏の国家においては、多くの民法典が
「序編」を設け、たとえば、ブラジル民法典もその一つであると述べた上
で、「私は、『大総則』による民法の基本構造に対する破壊は疑いなくある
と考えており、それゆえ、このような時代遅れの構造は放棄すべきであ
り、同時に、『序編』を『小総則』として、その良い部分を保留すべきで
ある」と説明した。

以上のような考え方に基づいて、徐教授は中国民法典の構成において
ローマ法にある「人法」の地位を十分に示すべきであると指摘する。さら
に、彼は前述した「王利明案」および「魏振瀛案」におけるような、「不
法行為法」を債権法の中から独立させ、一つの編として構成されるべきで
あるとの意見に対して、次のように批判した。すなわち、「もし不法行為

法が独立して一つの編となると、その法的性質はいかなるものであろうか、債権かそれとも民事責任か。もし債権である場合、それが債権編に属さないことで、論理上必ず問題を生じる。もし民事責任であるならば、二つの弊害を生ずる。一つは、不法行為はその他の民事責任の形態と一緒に規定されるべきであり、それによって、独立たる『編』は不法行為ではなく、民事責任であるということになる。もう一つは、不法行為を民事責任として理解すると、強烈な国家主義的色彩を有し、当事者自治の空間を減らし、民法の私法としての性質に適應しないということになると述べて⁽⁵⁶⁾いる。

(4) 梁慧星案 (中国社会科学院法学研究所研究員)

a 「民商合一」原則の堅持

「民商合一」原則の理論的根拠として以下の二つがあると梁教授は主張する。一つは、現にいわゆる商人という特殊な階層はすでに存在しておらず、ひいては特殊な商行為 (例えば、手形、保険制度など) もその特殊性を失ってきた。もう一つは、たとえ「民商分立」の原則を採る国においても、民事行為と商事行為とを厳格に分けることは困難である。中華民国の民法典及び現行の「民法通則」や「契約法」がすべて「民商合一」の立法原則を採用したので、民法典の編纂は引き続きこのような立法体系を堅持すべきである。⁽⁵⁷⁾

b ドイツ民法典五編制の採用

「ドイツ民法典五編制の特徴は法規則の論理性及び体系性を重視するところにある」。民法典は社会の法制の基礎であるため、その論理性と体系性は非常に重要である。「したがって、中国民法典の制定はドイツ式の五編制を基礎とすべきで、そのうえで適当な変更を行う」。すなわち、ドイツ民法典の五編制から中国民法典の七編制とする。梁教授は中国の「民法通則」との関連で、民法典各編の設置理由について次のように述べている。

c 民法典の体系設計

①「総則編」の設置について

『民法通則』第一章、第二章、第三章、第四章、第七章及び第九章の内容規定を基礎にして、民法典の『総則編』が構築される。『民法通則』第五章第四節の人格権に関する規定が、『総則編』の『自然人』の章に入れられる。さらに、梁教授は、人格権を「総則編」から独立させて、単独な「編」として設置すべきであるとの意見に対し、次の二つの理由を基に論述した。「その一、いわゆる人格権に関しては、自然人を民事主体の資格として議論すべきであり、人格権を有しないものは、民事主体ではない。その二、人格及び人格権は自然人それ自体と分離できない」。したがって「このような考慮に基づいて、人格権が『自然人』の章に入れられることはより妥当であろう」と述べる。⁽⁵⁸⁾

②「物権編」の設置について

『民法通則』第五章第一節の内容規定と現行『担保法』の担保物権に関する内容規定を基礎にして、民法典『物権編』が構築される。「いわゆる物権とは、有体物に対する支配権である」。狭義上の物権概念が維持されるべきであり、広義上の物権概念を採用すべきであるという意見に賛成できない、と論述している。⁽⁵⁹⁾

③「債権総則」、「契約」、「不法行為」三編の設置について

『民法通則』第五章第二節『債権』と第六章『民事責任』の内容規定を基礎にして、1990年代外国のいくつかの新民法典の経験を参照し、民法典『債権編』、『契約編』、『不法行為編』が構築される。20世紀以来、社会生活の複雑化や科学技術の高度発展に鑑み、新たな諸契約関係が生じ、債権法の内容の膨張化がもたらされた。「したがって、債権を三つの『編』に分け、かつ『債権総則編』において『契約編』と『不法行為編』の総則とする。『不当利得』と『無因管理』制度は依然として『債権総則編』におかれる。かかる体系の設計は、一部の学者によって主張されている、『不法行為』は単独の『編』にするという意見の合理性を考慮しながら、『債権総則』の保留を強調する」。⁽⁶⁰⁾しかし、一部の学者によって主張されて

いる「債権概念」および「債権総則」の廃止論に対し、梁教授は次のように反論している。すなわち、「債権総則は、契約の総則であるのみならず、契約上の債権、不法行為上の債権、不当利得と無因管理上の債権の総則でもある」。「もし債権概念や債権総則が廃止されると、民法が有している論理性と体系性を徹底的に破壊するに違いない」⁽⁶¹⁾。したがって、中国民法典は債権概念や債権総則を規定しなければならないと述べる。

④「親族編」、「相続編」の設置について

『民法通則』第五章第四節第103条、第104条、第105条の規定および現行『婚姻法』、『養子縁組法』の内容規定を基礎にして、民法典『親族編』が構築され、しかも『民法通則』第二章第二節に規定されている『後見制度』が『親族編』の一つの章とされる⁽⁶²⁾。『民法通則』第五章第一節第76条の規定および現行「相続法」の内容規定を基礎にして、民法典「相続編」が構築される⁽⁶³⁾。

⑤「知的財産法」と「国際私法」の単独立法

『民法通則』第五章第三節に知的財産権が規定されている。「しかしながら、現行の『特許法』、『商標法』および『著作権法』がすでに一つの相対的な知的財産権法体系を構成したということを考慮して、民法典では『知的財産権』を設置せず、『特許法』、『商標法』および『著作権法』は民法典以外の民事特別法となるよう提言する」。その理由の一つとしては、「知的財産法はしばしば国際間の紛争にかかわり、しかも科学技術の進歩につれ、常に修正や変動が必要である。続けて民法典以外の単行法として存続すると、修正がより便利である」⁽⁶⁴⁾、と梁教授は主張している。

『民法通則』第八章の涉外民事関係の法律適用は、性質上国際私法に属する。20世紀以来、国際私法の制定がすでに共通の趨勢となっており、そのため我が国でも国際私法学界においてこの点に対する共通の認識が形成され、かつ草案の起草にすでに着手していた、という事情を考慮して、民法典以外に『中国国際私法』を制定するよう提言する。これも民法起草作業チームの一致した意見である⁽⁶⁵⁾、と梁教授は説明する。

3 具体的法分野における法の継受

(1) 契約法の制定からみた立法及び学說的継受

a 法系の継受

「契約法」を起草した学者同士の間では、大陸法をより重視する学者と英米法をより重視する学者の間に、法技術の面において、意見が分かれたところがあった。⁽⁶⁶⁾ 英米法を重視する学者は、現に二大法系が徐々に浸透し合い、契約法の領域においては相互に融合する趨勢にあり、したがって、英米法体系の参照が可能になっていると主張している。⁽⁶⁷⁾ そのうえ、大陸法系の民法は体系性および論理性を過分に強調しすぎ、硬化して柔軟性に欠けるという欠点がある。中国契約法は硬化して柔軟性に欠けるという欠点を避けなければならない、当然英米法の経験を参考吸収することに重点を置くべきである。たとえば、「履行不能」(原始的不能と後発的不能を含む)概念を完全に放棄し、英米法上の「重大な契約違反」(原語「根本違約」)を採用すべきであると主張したり、不安抗弁権制度を完全に放棄し、英米法上の履行期前の履行拒絶の法理(原語「預期違約」)を採用すべきであると主張したりする。

それに対し、大陸法を重視する学者は、中国が今世紀初期に法律制度の改革を行った歴史をみると、大陸法系の「ドイツ民法典が移植され、ドイツ法上の概念、原則、制度およびその理論体系がすでに中国法律文化の一部となっていた」と論述する。すなわち、「改革開放以来、『民法通則』や『契約法』を代表とする民事立法は、基本的に依然としてドイツ法系の立法モデルであった」。⁽⁶⁸⁾ 具体的には、「われわれの法学教育上で採用していた教材には、その中の一連の法概念、法原則、法制度およびその理論体系はすべてドイツ式である。われわれの裁判所が判決を下すとき、弁護士が法律実務に従事するとき、(略)彼らは英米法上の個別判例の分析方式を採用しておらず、主にドイツ式の三段論法を採用している。このことは、ドイツ法上の概念や論理的な体系がすでにわれわれの司法実務上において

思考や推論の基本枠組となっていると表明した⁽⁶⁹⁾。さらに中国の立法をみると、「とりわけ改革開放以来の法律（立法）は、『民法通則』と『契約法』を典型として、（そこで）使用されている概念、規定されている原則や法制度、たとえば、権利能力、行為能力、法律行為、代理、時効、物権、債権、支配権、請求権、抗弁権、代位権、取消権などすべてドイツ式である。このことは、ドイツ法から継受される概念、原則、制度とその理論体系がすでに中国に定着し、しかも中国の立法、司法、法学教育および研究の理論的基礎になり、中国の法律伝統や法律文化の重要な一部になっていると十分に説明した⁽⁷⁰⁾」。したがって、民法典の編纂に関しては、上に述べた基礎と伝統の上で、民法を整備していくべきであるとする⁽⁷¹⁾。

b 厳格責任原則の継受

(i) 学説継受

① 継受賛成説

厳格責任原則を採用するかどうかについて、継受賛成説は次のような理由を主張する。①「民法通則」はすでに厳格責任原則を採用している。②厳格責任原則は今後の契約法の発展趨勢である。③さらに厳格責任原則は優れた点を有しており、違約責任の本質に合致している⁽⁷²⁾。

② 継受反対説

継受反対説の主な理由は次のとおりである。①厳格責任への変更は、中国の民法体系の内部衝突及び不調和を引き起こす。②違約責任が故意・過失を帰責事由とすることは、すでに国民及び企業法人の法意識の中に浸透しており、これを厳格責任に変えることについて、中国の裁判官及び民衆にとって納得できるか疑問である。③国際条約の規定は、統一契約法の違約責任原則を改める理由にはならない。④過失責任原則の長所は、民事責任の倫理性の強調にあるが、厳格責任に改めることはこの伝統に合致しないものであり、他の大陸法系の国も過失責任原則を改めていないので、中国の立法も軽々にこれを変更してはならない⁽⁷³⁾。

(ii) 立法継受

「契約法建議草案」(草案第 1 稿)においては、契約違反形態の一般規定として、「契約当事者の一方は、契約上の債務を履行せずまたはその履行が法定もしくは約定の条件に適合しない場合に違約責任を負う。但しその当事者が自分に過失がないことを証明することができるときはこの限りではない」と規定している(138条)。そして、契約違反行為の具体的類型として、履行拒絶(141条)、履行不能(142条)、履行遅滞(143条)、不完全履行(145条)などが掲げられている。すなわち、建議草案には、契約責任の構成要件の一つとして、過失責任が定められているが、しかし、1996年の草案第 3 稿から「契約責任の性質及び国際条約の経験を考慮して、これを厳格責任に改めた⁽⁷⁴⁾」。結局、契約法第107条においても厳格責任の原則を維持している。すなわち、「当事者の一方が契約上の義務を履行せずまたは契約上の義務の履行が約定に適合していないとき、履行の継続、救済措置をとることまたは損害の賠償等の違約責任を負わなければならない。」(契約法107条)と定める。

c 「重大な契約違反」(「根本違約」)と法定解除権

(i)学説継受

中国「涉外経済契約法」第29条において、契約の一方当事者のなした契約違反が契約により期待される経済的利益に多大な影響を及ぼす場合、他方の当事者は契約を解除する権利があると定められている。ここでは、直接には「重大な契約違反」という概念を採用しなかったが、条文の実際内容の学説解釈は「国際統一売買法」(以下 CISG と略す)第25条(fundamental breach)⁽⁷⁵⁾の影響を受けたというのが、中国法学界の通説である。

(ii)立法継受

前述のように、契約の法定解除権に関して、建議草案は、履行拒絶による解除(97条)、履行不能による解除(96条)、履行遅滞による解除(98条、99条)、不完全履行による解除(100条)、債務の一部不履行・付随的債務的不履行による解除(101条)に応じてそれぞれの解除の要件を定めた。しかし、建議草案の右の諸規定はのちに繁雑すぎるという批判を受け、履行

拒絶という類型を除いて、「当事者の一方が契約上の義務を履行せずまたは契約上の義務の履行が約定に適合していない」(契約法107条)というように一本化された。

中国契約法94条は、法定解除権の一般的な発生要因を定めている。すなわち、①「不可抗力により契約の目的を達成することができないとき」(1号)、②「履行期到来前において当事者の一方が主要な債務を履行しないことを明確に表示または自己の行為によって表明するとき」(2号)、③「当事者の一方が履行期を過ぎても主要な債務を履行せず、催告を受けてから合理的な期間内になお履行しないとき」(3号)、④「当事者の一方が履行期を過ぎても債務を履行しないことによりまたはその他の契約違反により契約の目的を達することができないとき」(4号)に解除権が発生するとしている。2号ないし4号は、CISG25条「重大な契約違反」(fundamental breach)というような要件概念を使っていないが、前述のように、学説上、「重大な契約違反」を理由とする解除を定めるものと解釈されている⁽⁷⁶⁾。しかし、CISG 第25条は、重大な契約違反を評価する際に考慮されるファクターとして、義務違反が債権者に重大な不利益をもたらしたこと(同条本文)、その不利益な結果についての予見可能性があること(同条但書)⁽⁷⁷⁾の二つを要求している。これに対して、中国契約法94条4号は、文言上「重大な契約違反」の評価要素として義務違反結果の重大性(契約目的達成不能)のみを規定し、「予見可能性」を明記していない。学説上も、予見可能性を不要とする点で中国契約法とCISGとの違いを指摘している⁽⁷⁸⁾。

d 履行期前の違約制度の継受

(i)学説継受

1990年代に入ると、中国民法学界において、英米契約法理論の継受が始められ、債務不履行としての履行拒絶の法理が積極的に認められるようになった⁽⁷⁹⁾。例えば、中国を代表する民法学者・「契約法」起草者の一人王利明教授は、「履行拒絶の法理」について、次の二点を論述している。①

「履行期前の契約履行拒絶（「預期違約」 anticipatory repudiation）は大陸法の不安抗弁制度より合理的であり、その適用範囲はより広い。この履行期前の契約履行拒絶を救済措置として確立し、この制度を借りて契約紛争を予防しあるいは減少させるならば、中国で現在深刻な問題となっているいわゆる『三角債』（債権の焦げ付き——引用者注）現象に対して一定の役割を果たすことができるだろう。したがって私は統一的契約法においては履行期前の契約履行拒絶を採用し、不安の抗弁権の概念を援用しないよう提案する」。^②「中国はすでに国連の『国際貨物販売契約公約』に加盟した。この公約自体が二つの法体系の契約法規の結合の産物であり、この点からも契約法の中に英米契約法の経験を借りることが可能であるということが⁽⁸⁰⁾できる」。

これに対し、反対説は以下の理由で英米法上の「履行期前の違約」制度の採用に異を唱える。すなわち、中国の法律制度は大陸法系に属し、いかなる英米法上の制度を導入する場合にも、既存の法律体系や制度の中に導入される英米法上の制度と類似した救済方法があるかどうかを考えなければならない。大陸法系の現有の理論枠組の中に履行拒絶、同時履行の抗弁権、不安の抗弁権といった制度が存在するため、英米法上の「履行期前の⁽⁸¹⁾違約」制度を導入する必要はないと主張している。

(四)立法継受

それにもかかわらず、建議草案第67条において不安の抗弁権が規定された。しかし、条文を見る限り、これは英米法の「期限前の契約違反」の制度 (anticipatory breach of contract) の長所である弾力性を参考にし、伝統的な大陸法の不安の抗弁権⁽⁸²⁾において要求される「履行期の到来」という要件を削除したものである。これに対して、法制工作委員会は、一部の学者の間で主張された、建議草案上の不安の抗弁権の代わりに英米法上の履行期前の履行拒絶制度を導入すべきだという立法意見は直接採用しなかったが、その折衷案として、契約法第7章「違約責任」第108条を設け、「当事者の一方が契約上の義務を履行しない旨明確に表示または自己の行為を

もって表明した場合は、相手方は履行期限満了前に違約責任の負担を請求することができる」と定めた。

e 事情変更の原則の継受

(i)学説継受

①反対説

反対説の主な理由は、1) 正常な商業リスクと事情変更との区別が困難であること、2) 裁判官の裁量権濫用の可能性があることの二点を挙げている。したがって、いかなる状況で事情変更の原則が適用され得るのかについて、国際上参酌できる成熟した経験は存在しないのである。通常社会においては、真に事情変更の原則を適用する事例はむしろ例外的であろう、と立法機関の責任者は言う。⁽⁸³⁾

②賛成説

反対説に対して、継受賛成説を代表する一人梁慧星教授は次のように反論した。すなわち、問題は、法律上において事情変更の原則を規定するかどうかは、裁判官の裁量権濫用が回避され得るかかどうかという点にある。實際上中国の司法実務においてはすでに事情変更の原則を認める判例があったため、統一契約法上にこの原則を規定しなければ、むしろ裁判所が事情変更の理論を濫用して事件を判決することを阻止することができないことになる。したがって、事情変更の原則が明文で規定されるべきで、裁判所などがこの原則を適用する際に一定のルールを遵守することによって、濫用の危険性を減らすことが可能となる。⁽⁸⁴⁾

(ii)立法継受

建議草案(草案第1稿)においては、事情変更の原則が規定されていなかったが、草案第2稿の段階から規定されるようになった。すなわち、第4章55条は、「契約が効力発生後、当事者以外の事情の変更により、契約の履行が当事者の一方にとって明らかに公平を失う場合は、当該当事者は、裁判所または仲裁委員会に対して契約の変更もしくは解除を請求することができる」と定めた。

立法過程で「事情変更の原則」を採用するかどうかについてはかなり議論があった。不採用派の理由は、①いわゆる事情変更の原則は不可抗力に含まれており、事情変更についてさらに規定する必要はない。②事情変更の原則は一般条項であって具体的な判断基準を示していないため、実務の中で濫用されるおそれがあり、法律の安定性に影響を及ぼす⁽⁸⁵⁾。しかし、その後、採用派の意見が受け入れられ、草案第 4 稿第 4 章 52 条に次のように規定された。すなわち、「不可抗力の場合を除き、当事者が予見できず回避することのできない、客観的事情の重大な変化が生じたために契約の履行が当事者の一方に著しく不公平となった場合、当該当事者は、契約の内容について改めて協議するよう相手方に要求することができる。協議により解決できないとき、裁判所または仲裁機関に対して契約の変更または解除を請求することができる」。この条文に定められている「再協議義務」は、国際商事契約通則第 6 条、2 条、3 条を参考にしたものであるという指摘がある⁽⁸⁶⁾。

結局、全人代常務委員会における討議、修正の後、全人大本会議で事情変更の原則に関する規定が削除された。

f 信義誠実の原則の継受

(i) 学説継受

多くの学説は、信義誠実の原則が契約法において規定されるべきであると主張している⁽⁸⁷⁾。反対説は、信義誠実という一般条項を契約法に組み入れることは、裁判官に多大な自由裁量権に与えてしまうことになる。現在の中国の裁判官の全体的な資質が高くない状況のもとで、この原則を継受すべきではない、と主張する⁽⁸⁸⁾。

(ii) 立法継受

契約法起草過程においては、裁判所が直接信義誠実の原則を引用して裁判ができるかどうかについて論争があった。採用派は、(1) 中国は改革開放以来、契約法の領域の立法をほとんど零から始め、今までに「民法通則」および三つの契約法を有してはいるけれども、多くの有すべき規則及

び制度が今に至っても制定されておらず、このため実務において多くの法律の規定、さらには慣習のルールさえない事案が出現し、したがって裁判所は「信義誠実」という民法の基本原則を直接引用して裁判を行わざるをえない。(2) また、中国においては改革開放以来社会経済生活に激烈な変化が発生したのに、多くの法律法規が改革開放の初期に制定され、計画経済の特徴および要求を比較的多く反映しており、現実の経済生活との関連性の喪失が避け難く、それにもかかわらず法律改正作業の進展が緩慢であることを考慮すると、法律の具体的規定の厳格な適用の結果が社会正義に反することになる状況が生ずる。この点を考慮に入れ、「信義誠実の原則」を直接適用できるように規定すべきであると主張している。不採用派は、(1)「信義誠実の原則」の濫用が法律の安定性を害するおそれがある。(2) 中国の裁判官は素養が不足しており、「信義誠実の原則」の濫用の危険性が大きい、と指摘している。⁽⁸⁹⁾

起草最初の段階において、建議草案(草案第1稿)は採用派の意見を採り入れ、第6条は「信義誠実の原則」について次のように定めている。「当事者双方は、権利の行使及び義務の履行にあたって、信義誠実の原則に従わなければならない」(第1項)。「裁判所が事件を裁判する場合において、当該係属事件に関する法律上の規定が欠缺しているとき、または規定はあるが当該規定を適用して得られる結論が明らかに社会正義に反するときは、信義誠実の原則を直接適用することができる」(第2項)。「裁判所が信義誠実の原則を直接適用して事件を裁判する場合は、最高裁判所に報告し、その許可を得なければならない」(第3項)。しかし、この条文に対して激しい反対意見が現れた。特に第3項は手続上の難題をいかに処理するかをめぐって論争が展開された。⁽⁹⁰⁾

結局、草案第3稿は、右の第6条2項および3項を削除し、第1項のみを残した。正式な中国「契約法」第6条はこの条文をそのまま受け継いだ。

(2) 物権法制定に向けての学説の継受

中国物権法の制定に向け、物権変動制度をめぐって学者の間で大きな論争が行なわれた。とりわけ今後中国物権法において物権行為理論を取り入れるか否かについて、激しい対立が見られている。⁽⁹¹⁾

a 継受反対説

中国社会科学院の梁教授は次のような理由で、物権行為理論に消極的な態度を示している。⁽⁹²⁾①物権行為理論は法律関係を明確にする反面、生活の常識に反する。②物権行為という概念は、人為的な擬制により極端な形式主義を作り出している。③取引の安全に資するものではあるが、善意取得制度でその役割を十分果せるため、このような理論は必ずしも必要ではない。④物権行為の無因性理論および物権の合意主義を基礎とする立法の最も大きな欠点は、譲渡人の利益を著しく害するおそれがある点に集約され、取引関係における公平の原則に反する。したがって、ここでは、ドイツ法上の物権行為理論の継受というよりも、むしろ善意取得制度を採り入れるほうがよい、という立場をとる。

b 継受賛成説

同じ中国社会科学院の孫憲忠教授は物権行為理論の継受に関して賛成的立場に立っている。孫教授によれば、長い歴史の中で、物権行為理論に存在していた欠点がすでにドイツの法律実践により補完されているので、近年になって、物権行為理論を支持する観点がドイツで優勢を占めるようになったのは事実である。物権行為理論に具備された制度の精確性、緻密性、安全性、公開性は、他の制度より、中国の市場経済体制からの中国物権法に対する要求を満たすことができると考えられる。さらに、孫教授は現行法に対して、次のように述べている。「実際には、中国の現行立法及び司法において確立された法の原則と制度は、すでに物権行為理論を受け入れるための基盤を打ち立てている。中国の物権法およびその関係立法の制定を行うときに、大胆にドイツ民法及び中国台湾民法の物権行為理論を基礎とする原則、制度及び経験を受け入れることこそ賢明な選択である」。⁽⁹³⁾

(3)「物権法草案」における立法的継受

現段階では、中国物権法草案に関してはすでに四つの案が完成している。それは、中国社会科学院梁慧星教授の主導で起草された案（以下「梁案」と呼ぶ）、中国人民大学法学院王利明教授の主導で起草された案（以下「王案」と呼ぶ）、全国人民代表大会法制工作委员会民法室の主導で起草された案（以下「法制委員会案」と呼ぶ）、そして右の三つの案を参照した上で、全人代法制委員会が公開した中国物権法意見募集稿（以下「意見募集稿」と呼ぶ）、などである。以下主に各草案における所有権制度および用益物権制度の構成を見ていく。

a 所有権制度の構成

①梁案

所有権の主体を一律に保護するという原則を掲げ、生産手段の所有形態に基づいて所有権を区分する方法を放棄する。国家所有権、集団所有権と個人所有権を規定せず、土地の所有権、鉱物の所有権及び公有物・公用物にのみ特別規定⁽⁹⁴⁾を設ける。

②王案

所有者の身分により、国家所有権、集団所有権、公民個人所有権、社团及び宗教組織所有権などの四つの所有権の主体に分ける。国家財産に対する特別な保護制度⁽⁹⁵⁾を堅持する。

③法制委員会案及び意見募集稿

法制委員会案および意見募集稿は基本的に王案の所有権制度の構成を採用し、生産手段の所有形態に基づいて、国家所有権、集団所有権、私人所有権⁽⁹⁶⁾が規定される。

b 用益物権制度の構成

①梁案

梁案においては、その用益物権制度の構成は、基地使用権、農地使用権、隣地使用権、典権など四種類⁽⁹⁷⁾からなる。

②王案

王案においては、その用益物権制度の構成は、次の通りである。土地使

用権、農村土地請負経営権、宅地使用権、地役権、典権、空間利用権、その他の物権など七種類⁽⁹⁸⁾からなる。

③法制委員会案

法制委員会案においては、その用益物権制度の構成は、以上の両案を基礎にして、次のように構成する。農村土地請負経営権、建設用地使用権、宅地使用権、隣地使用権などの種類⁽⁹⁹⁾からなる。

④意見募集稿

意見募集稿において、その用益物権制度の構成は、以上の両案及び法律専門家の意見を参考にした上で、次のように構成する。農村土地請負経営権、建設用地使用権、宅地使用権、隣地使用権、典権、居住権、探鉱権・採鉱権、引水権、漁業権、飼育権・狩猟権などの種類⁽¹⁰⁰⁾からなる。

四 小 結

1 四つの時期区分

以上の分析を通して、この百年間に、中国では清末から民国期にかけての西欧近代法継受、新中国成立後の六法廃止、そして今日再び近代的法典の編纂を呼びはじめ、法の変革がさまざまな形で展開されてきた。ここでは、法の継受を軸に、中国における百年間の法の近代化の過程を次の四つの段階に区分する。

(1) 第一段階は輸入期である。この段階は、19世紀末から1911年の清の滅亡まで、西洋型法律用語、法律概念および法律体系が輸入され、中国で西洋型近代法が一定の程度で形成された。

(2) 第二段階は発展期である。この段階は、1911年から1949年にかけて、中国では民法典が起草制定され、形式上法典の継受が完成した。

(3) 第三段階は停止期である。この段階は、1949年から1970年代末まで、法の階級性が強調され、法の継受に対して全面的に否定する態度を取っていた。

(4) 第四段階は復興期である。この段階は、1980年代から今日まで、市場経済体制への移行に伴って、西洋型近代法の継受が再び議論されかつ実践されている。

2 歴史過程としての法継受

法の継受は法の摂取、受容とされるものを含めて相当広義に捉えるべきであろう。この百年間で中国における法典編纂の事業は紆余曲折を経ながら、次の三点を確認できる。第一に、継受の関係を法典の制定だけでなく、試行法や単行法にもみとめことである。第二には、法の継受を法典編纂のような立法の継受に限定することなく、広く法的思考、法理論の継受、法の解釈方法論にも及ぼして、理解することである。さらに、第三に、継受を単に一回かぎりの出来事あるいは事件としてみるのではなく、法典なら法典の成立に至る経過全体を含めこれを過程として観察し、さらにその後の施行状況をも包括すると考えることである。その意味で、中国における外国法の継受は、清朝末期および民国期の出来事として完結したものではなく、いくつかの断絶期間を経て、現在もなお続いているといえる。このような見方で法の継受を考察する場合、清末期における西洋型近代法の継受が「挫折した継受」(挫折説)であったとする通説的見解には同意しえない。むしろ連続性の原理が常に考慮されていなければならないのである。事実として、清末の西洋型近代法の継受の結果は、今日の中国の法典編纂においても吸収されるものがあるからである。たとえば、法の継受における技術的要素(法律用語など)は、明らかに現在の中国法典編纂に影響を与えている。したがって、歴史過程としての法継受という視点から、この百年間の中国における継受法の継続性(たとえば、大陸法系の要素)という要素が機能しているといえる。

(53) 徐国棟「民法典草案の基本結構」法学研究2000年第1期37頁以下参照。

(54) 徐・前掲注(53)39頁以下。

(55) 徐・前掲注(53)43頁以下。

- (56) 徐・前掲注 (53) 53頁以下。
- (57) 梁・前掲注 (45) 113頁。同「中華人民共和國民法典大綱」梁慧星編『民商法論叢第13卷』(法律出版社・1999年) 800頁以下参照。
- (58) 梁・前掲注 (45) 114頁。
- (59) 梁・前掲注 (45) 114頁。
- (60) 梁・前掲注 (45) 114頁。
- (61) 梁・前掲注 (45) 114頁。
- (62) 梁・前掲注 (45) 114頁。
- (63) 梁・前掲注 (45) 115頁。
- (64) 梁・前掲注 (45) 115頁。
- (65) 梁・前掲注 (45) 115頁。
- (66) 張広興「中華人民共和國契約法的起草」法学研究1995年第 5 期12頁。
- (67) 王・前掲注 (46) 44頁。王教授はこの問題に関して、別のところでは次のように述べる。「中国の法律は伝統的に大陸法系に属する。そこで問題となるのは、統一契約法制定において英米法の経験を借りることができるかどうかということである。ある学者によれば、大陸法自身が一個の体系をなし、したがってその契約法規も体系をなしているのも、もし英米法の経験を借りるとなると、現有の体系が破壊されることになると言う。私の考えでは、たしかに英米法のいくつかは中国の契約法の体系的規則に妨げとなり、借りるべきでないと思う。例えば、英米法は不当利得を準契約として構成し、大陸法のように債権発生独自の事由として構成していない。したがってこうした英米法の経験を借りることは債権の体系の妨げとなる。しかし、体系の妨げとならないという前提の下であれば、英米法の経験を借りることは可能であり、また必要なことですらある」。詳細につき、王利明著・小口彦太訳「中国の統一的契約法制定をめぐる諸問題」比較法学29巻 2 号155頁以下。
- (68) 梁・前掲注 (45) 111頁。
- (69) 梁・前掲注 (45) 111頁。
- (70) 梁・前掲注 (45) 111頁。
- (71) 以上の争点については、梁慧星著・池内稚利訳「中国契約法起草過程における論争点」国際商事法務 Vol. 24. 7号712頁による。
- (72) 詳細について、梁慧星「从過錯責任到嚴格責任」『民商法論叢第 8 卷』(法律出版社・1997年) 1 頁、以下徐傑著・錢偉榮訳「中国契約法 (下)」法学志林97巻 4 号198頁以下参照。
- (73) 以上、梁慧星著・久田真吾＝金光旭訳「中国統一契約法の起草 (下)」国際商事法務26巻 2 号195頁による。詳細については、崔建遠『合同法』(法律出版社・1998年) 193頁以下参照。
- (74) 梁・前掲注 (73) 190頁。
- (75) 焦津洪「論根本違約」中外法学1993年 1 期43頁、王利明＝姚輝「完善我国違約責任制度十論」中国社会科学1995年 4 期 4 頁、王利明「論根本違約与合同解除的関

- 係」中国法学1995年3期18頁、趙康＝慕亞平「根本違反合同与中国合同法」法学研究1995年4期34頁以下参照。
- (76) 崔建遠編『新合同法原理与案例評釈(上)』(吉林大学出版社・1999年)586頁以下、李永軍『合同法原理』(中国人民公安大學出版社・1999年)615頁参照。
- (77) CISGの邦文注釈書は、甲斐道太郎＝石田喜久夫＝田中英司編『注釈国際統一売買法I』(法律文化社・2000年)を参照。
- (78) 崔・前掲注(76)582頁参照。
- (79) 履行期前の履行拒絶の法理に関する論文は多数現れていた。例えば、南振興＝郭登科「預期違約規則理論比較研究」法学研究1993年第1期70頁、韓世遠＝崔建遠「先期違約与中国契約法」法学研究1993年第3期33頁、王利明＝姚輝「完善我国違約責任制度十論」中国社会科学1995年第4期4頁など参照。
- (80) 王利明著・小口彦太訳「中国の統一的契約法制定をめぐる諸問題」比較法学第29巻2号163頁。
- (81) 李永軍「我国合同法是否需要独立的預期違約制度」政法論壇1998年6期34頁以下。
- (82) 梁慧星・久田真吾著＝金光旭訳「中国統一契約法の起草(上)」国際商事法務26巻1号68頁。
- (83) 王勝明「從合同法的草案到審議通過」『中華人民共和國合同法及其重要草案介紹』(法律出版社・2000年)228頁以下、王勝明＝張青華「中国契約法の解説(3)」国際商事法務27巻8号951頁。
- (84) 梁慧星編『民法学説判例与立法研究』(国家行政学院出版社・1999年)191頁以下参照。継受賛成説に関する論説には、梁慧星「合同法上の情事変更問題」法学研究1988年6期35頁、王宝堯「論我国合同法應當確立情事變更原則」法学家1997年2期29頁、韓世遠「情事變更原則研究」中外法学2000年4期435頁などがある。
- (85) 詳細な議論について、梁慧星・久田真吾著＝金光旭訳「中国統一契約法の起草(下)」国際商事法務26巻2号197頁以下、徐傑著・錢偉榮訳「中国契約法(上)」法学志林97巻3号179頁以下参照。
- (86) 梁・前掲注(82)67頁。
- (87) 江平＝程合紅＝申衛星「論新合同法中的合同自由原則と信義誠実原則」政法論壇1999年1期2頁以下。
- (88) 「信義誠実の原則」の継受を反対する意見については、梁・前掲注(71)文に紹介がある。
- (89) 以上、梁・前掲注(71)713頁による。
- (90) 梁・前掲注(82)66頁。
- (91) 詳細につき、渠濤・前掲註(39)133頁以下参照。
- (92) 梁慧星「我国民法是否承認物權行為」法学研究1989年第6期参照。物權行為理論の継受反対説は梁説の他に、王利明「物權行為若干問題探討」中国法学1997年第3期参照。

- (93) 孫憲忠「物權行為理論探源及其意義」法学研究1996年第3期参照。
- (94) 梁・前掲注 (40) 4 頁。
- (95) 梁・前掲注 (92) 6 頁。
- (96) 梁・前掲注 (92) 8 頁以下。
- (97) 梁慧星編『中国物權法草案建議稿』(社会科学文献出版社・2000年) 446頁以下。
- (98) 王利明編『中国物權法草案建議稿及說明』(法律出版社・2001年) 63頁以下。
- (99) 梁・前掲注 (40) 8 頁。
- (100) 梁・前掲注 (40) 8 頁。
- (101) この点については、福島教授の「広義の継受論」から示唆を受けている。詳細について、福島正夫「法の継受と社会＝経済の近代化」(三) 比較法学 6 卷 1 号 2 頁以下参照。

第二節 中国の土地賃貸借法制における法の継受とその「反省メカニズム」

以上の横断的な考察を行った上で、具体的法領域として、中国の土地賃貸借法制における法の継受に取り組む。そこでは、「法律試行」制度は、移植された外国法と中国の他の社会システムとのずれを克服するため、中国の土地財産法発展の反省契機が法制度の内部に組み込まれたことを解明する。

1 改革開放前における土地法制度

1 国家土地所有権の形成過程

中国における国家土地所有権は次の段階に分けて形成されてきた。

①中華人民共和国が成立した時点で、旧中国の国有地(政府機関の用地・軍事施設用地・国家の投資企業用地・国家所有の公共施設用地など)が新政権に接収された。新中国は成立後に、当時の臨時憲法的性質を有する「中国人民政治協商会議共同綱領」(1949年9月中国人民政治協商会議第一次會議で制定)に基づいて、旧中国の官僚及び買弁資産階級の土地を没収し、国家所有とした。

②1950年「中華人民共和国土地改革法」に基づき、農村土地改革の実行

中に、農村における一部の土地が国家の所有に帰属された。主に、①一つの県或いは数県の範囲内に政府が農業実験場又は国营モデル農場として使用する土地、②大規模な森林、水利工程、荒地、荒山、鉱産、湖、河港、③機械化が進んでいる従来地主に帰属する農田、農業実験場及び技術性のある大規模竹園、果園、茶山、桐山、桑田、牧場など、④従来より地主又は公共団体が所有している沙田、湖田などである。

③「国家建設のための土地収用に関する弁法」(1953年11月5日政務院が公布)に基づき、国家は経済建設、国防建設及びその他の建設の必要のため、農民個人または集団所有の土地を有償で収用することができる。この方法を通して、国家土地所有権が形成された。

④中国建国当時は都市の土地の国有化を明確に宣言しなかったが、1950年代中期まで、多くの地方法律は、実質上都市の土地の私的所有権を承認していた。その後1956年から民族資本家に対する「公私合営」という社会主義改造によって、私営企業の所有地が実質的に国有に転化した。一般民有地に対しては、国有化の措置をとってはいなかったが、その代わりに必要な土地を無償で収用できるという収用法を制定した。1982年に修正された憲法第10条により、はじめて「都市の土地は、国家所有に属す」ことが明確に規定された。¹⁾

2 国家土地所有権の範囲

「土地管理法実施条例」(1998年12月国务院令・1999年1月施行)第2条により、国家土地所有権は以下の範囲を含む。

①都市の市街地区における土地

②農村及び都市の郊外における国が法律に基づいてすでに没収、徴収、買上げた土地

③国が法律に基づいて収用した土地

④法律に基づいて集団所有に帰属しない林地、草地、荒地及びその他の土地

⑤農村集団経済組織の全構成員が都市住民に変わる場合、もともとその

全構成員に帰属した集団所有の土地

⑥国が移民を組織し、または自然災害などの原因で、農民が集団的に移動した後、使用しなくなった元集団所有の土地。

3 都市における土地の無償無期限利用

このように、都市における土地所有権の公有性を基礎とした土地の無償無期限の使用制度が1979年前の中国で実施されていた。

2 改革開放の初期における土地法の継受系譜

1 経済特区における実務上の法継受現象

(1) 関連法令の制定

1979年7月中国共産党中央委員会は、広東省の深圳、珠海、汕頭及び福建省の廈門の四つの経済特別区を設けることを決めた。経済特別区においては、外国から企業を誘致するため、土地の利用問題をまず解決する必要があった。同年7月に制定された「中外合資企業法」第5条により、中国と外国との合資企業に対する中国側企業の投資には、合資経営企業の存続期間の範囲で、国有の土地使用権を含めることができるとされた。さらに1980年「中外合資経営企業建設用地に関する暫定規定」により、合資企業の土地使用料に関する基準及び支払い方法などが明白に規定された。これは、立法上において最初に土地使用権の有償使用制度を規定した直接的な法律根拠である。⁽²⁾

経済特別区をいっそう発展させるためには、外国資本を安定させなければならない。したがって、土地に対する権利の保護、管理秩序の維持などの目的に相応する土地法制度を制定する要請が次第に強くなってきた。1981年12月、広東省人民代表大会常務委員会は「深圳経済特区土地管理暫定規定」を制定した。これは、中国で初めての経済特別区の土地制度に関する特別法規であった。その後、珠海、汕頭、廈門三つの経済特別区もそれぞれ土地管理暫定規定を制定した。こうして、経済特別区は外資企業・合資企業が集中した地域であることから、右の法規は経済特別区の土地法

律制度の法律的根拠になったのである。その主要内容は、主に以下のことを含む。①土地使用権の取得方法、②土地使用料の支払い方法と期限、③土地使用の目的、④土地使用の期間、などである。

(2) 経済特別区土地法制度の特徴

中国における経済特別区の土地法制度について、王家福教授は次の三つの特徴をまとめている。⁽³⁾

①適用範囲の区域性をもつ。右の法律規定は四つの経済特別区の範囲内でしか適用されない。

②主に経済特別区の政府と外国企業との間における土地使用によって生ずる社会関係が前提となる。すなわち、中外合資企業、外資企業は経済特別区の土地の主要な有償使用者であるため、特別区の土地法制度が主に規制する対象は、特別区の行政府と外国企業との間の土地関係にほかならない。

③経済特別区の土地法制度は、外国企業に対して一定の優遇政策を与えるとともに、一定の制限を設けている。すなわち、外国企業が経済特別区で投資し、工場を建設し、土地を使用すれば、特別区政府から、土地使用料等の優遇を享受することができる。他方で、土地使用権を取得しても、勝手に土地の用途を変更することはできない。

それ以外の特徴は、土地使用権の取得方式が「申請・許可」方式である。すなわち、外国企業は、所在地の政府土地管理部門に申請をして、審査・許可を得た後、土地使用権の使用契約を締結し、土地使用権が交付される。許可がなければ、土地を利用することができない。この点においては、後述の「出讓土地使用権」制度の「出讓方式」とはかなり異なっている。

2 敷地使用权の創設

(1) 合資企業の用地

合資企業の用地取得方法には二つの方法がある。(1)中国側パートナーの有する土地使用権の現物出資を受ける方法である。「中外合資経営企業法」

(1979年7月全国人民代表大会公布)第5条により、中国側企業の投資には、合資経営企業の存続期間の範囲で土地使用権を含めることができるとされている。この場合には、中国側パートナーが国に土地使用料を納付すべきである。(2)合資企業所在地の地方政府土地管理部門から土地使用権の使用許可を受ける方法である。土地使用権を中国側投資者の投資の一部分としない場合、あるいは合資企業が新規用地を取得する場合には、「中外合資経営企業法实施条例」(1983年9月国务院公布)第47条により、合資経営企業が必要とする土地は、企業所在地の地方政府の土地管理部門に申請し、審査、許可を得た後、契約を結んで土地の使用権が獲得されることになる。契約は、土地面積、場所、用途、契約期間、土地使用権の料金、双方の権利及び義務、契約違反の罰則などを明確に定めなければならないと規定された。

(2) 外資企業の用地

「外資企業法实施条例」(1990年10月国务院公布)により、外資企業は、企業所在地の地方政府の土地管理部門に申請をして、審査、許可を経た後、土地使用権許可契約を締結し、土地使用料の支払手続をする。土地使用範囲が現地で確定され、最後に土地使用証が交付される。

以上のように、1990年代前後に中外合資企業、外資企業が設立され、土地を必要とする場合には、企業所在地の地方政府の土地管理部門に申請をして、審査、許可を経た後、土地使用権許可契約を締結することによって、土地使用権を取得することができるようになった。

合資、外資企業に対する土地使用許可は、土地使用料などにおいて、一定の優遇政策を与えると同時に、一定の制限をも設けている。すなわち、(1)土地使用権の譲渡、賃貸、抵当などの禁止、(2)合資企業の場合、土地の使用期限と企業の経営期限との一致、(3)土地利用の用途が変更できないことなどである。⁽⁴⁾

土地使用料の基準は、その土地の用途、地理的環境条件、土地収用と立退きに要する費用及び基盤整備に対する企業の要求などの要素に基づい

て、土地所在地の地方政府が決めたうえ、対外経済貿易委員会及び国家の土地管理部門に届け出ることによって定められる。合資企業が発達していない地域で開発的プロジェクトに従事する場合には、その土地使用料に関しては、所在地の地方政府の同意を得たうえ、減収、徴収猶予、免除などの優遇措置⁽⁵⁾を与えることができるとされている。

3 出讓土地使用权の創設

都市部における土地制度の改革は、右のように「土地使用料」の徴収制度の導入によって展開してきたが、その不十分さが認識され、やがて土地使用权の有償出讓制度の実行が始まった。1987年9月から12月までの3か月の間に、深圳市人民政府は香港土地制度を参照して、協議、入札、競売それぞれの方式で、総面積6万平方メートルあまりの三筆の土地の使用权を、使用期限50年間で企業に出讓した。それを受けて、1988年1月、広東省人民政府は「深圳経済特区土地管理条例」を公布した。同条例第8条は、「特別区の国有土地の使用权は、市政府が独占経営し、統一的に有償出讓を行う」と規定した。ここで、初めて「出讓土地使用权」という概念が出現した。つまり、土地の有償利用の方法は「土地使用料」の徴収という「申請・許可」方式から協議、入札、競売という「出讓方式」(払下げ)へと広がった。「出讓方式」で取得した土地使用权は、土地使用者が「出讓金」を支払い、登記を経た後、自由に譲渡、賃貸し、抵当権を設定することができるようになった。

ほぼ同時期に、1987年4月から、中国国务院により、天津、上海、広州などの都市において、国有土地の土地使用权有償出讓に関する改革が実践された。当時の基本的な政策路線は、土地の利用制度を従来の無償無期から有償有期へと転換し、土地の利用を原則的に市場メカニズムに委ね、単なる行政計画的な「分与方式」または「申請・許可」方式だけではなく、完全な契約によって、つまり「出讓方式」により行うという政策が打ち出された。このような背景で、1980年代後半、中国の都市部、特に沿海経済特区、経済開発区において国有土地使用权の有償譲渡が盛んに行なわれる

ようになった。各地方政府が土地出賃権の出賃に関する規定を次々に公布した。これを受けて、1990年に「都市国有土地出賃権出賃及び譲渡に関する暫定条例」、1994年に「都市不動産管理法」がそれぞれ公布された（後に詳述）。以下では、「出賃土地出賃権」について、土地出賃権の出賃行為、出賃契約の内容、出賃土地出賃権の性質やその特徴を見ていこう。

3 改革開放の中期における土地制度に関する法継受の拡大化

1 立法的継受

(1) 二重構造の解消へ

経済の国際化に伴って、対外取引に必要な条件づくりの一環として、国内法環境のシミュレーション効果をはかるため、涉外経済法制の整備が優先的に行われてきた。その結果、涉外法と国内法の二重構造が作り上げられた。⁽⁶⁾このような二重構造を解消するため、1990年代に入って、土地法制に関して一連の全国的に適用可能な法が整備されることになった。

(2) 「条例」の制定

前述したように、1980年代後半、中国の都市部、特に沿海経済特区、経済開発区において国有土地出賃権の有償譲渡が盛んに行われた。そして1990年代に入ると、全国的に展開されることになった。しかしながら、中国国内向けの法律の中には、国有土地の有償譲渡に関する規定が見当たらなかった。むしろ中国憲法10条によれば、都市の土地は国に属し、土地の売買、賃貸などは明文で禁止されていた。これに対し、1988年4月12日第七期全国人民代表大会第一回会議にて採択された「憲法修正案」により、憲法上の土地賃貸を禁止した条項が削除されるとともに、土地出賃権の出賃及び譲渡を行うことができるという内容が加えられた。そして同年12月29日には「土地管理法」が改正され、国有地、集団所有土地の双方につき土地出賃権の有償譲渡を行うことができる旨を定め、具体的には國務院が定める旨を規定した。これを受けて、1990年5月19日に國務院が「都市国有土地出賃権出賃及び譲渡に関する暫定条例」（以下「条例」という）を公

布した。

「条例」の制定は、中国の土地制度改革が点から面へと次第に広がり、新たな段階に入ったことを示しており、同時に、「条例」の公布は、涉外実務領域の法継受がついに国内法全体に拡大していくこと、そして法の二重構造を解消する第一歩となることを示していた。

(3)「都市不動産管理法」の公布

中国における国有土地の有償利用については、憲法10条を法的根拠とし、「土地管理法」、「条例」などによって法的にコントロールが行われてきたが、数年間の実施を通じて、法の不備が顕在化してきた。それは都市部国有地の有償使用を中心とした土地制度改革は、中国の不動産業の迅速な発展を促進した一方、土地投機、土地取引価額の高騰といった現象を出現させ、さらに、不動産に関する法の不備で、不動産業に対する効果的な規範の欠如などの問題をももたらした。こうした状況の中で、1994年7月土地使用権の出讓方法の透明性の強化や土地使用権取引の規範化などの内容を盛り込んだ「中国都市における不動産管理法」が採択された(以下「不動産管理法」という)。本法の内容は主に四つ部分から構成されている。すなわち、都市不動産管理法の適用範囲、不動産開発用地の取得、不動産⁽⁷⁾開発と不動産開発企業、不動産取引である。

本法の特徴は、第一に、都市部における土地一級市場(土地使用権の出讓)を国家が独占的に経営する地位を維持したことである。これにより国有地資源の流失を避けることを目的とする。

第二に、土地使用権の出讓方法に関する透明性を強調したことである。土地使用権の出讓方法については、公開性ないし透明性に欠けることがあってはならないので、本法は、土地使用権の出讓にあたって、競売、入札を主とし、協議方式を補助的に用いる、と規定した。

第三に、土地使用権取引を規範化したことである。土地使用権の出讓、譲渡、抵当及び賃貸などの規定を加え、さらに土地使用権評価制度、土地使用権成約価額申告制度、土地使用権鑑定資格認定制度、土地使用権と

家屋所有権の登録と証明書発行制度、といった内容を加えた。

第四に、土地開発義務を具体化したことである。「出讓土地使用権」を取得した土地使用者は一定の期間その土地を開発すべき義務があるが、実際には、開発しないまま他に譲渡してしまうとか、買った後値上がりするまで未開発のまま放置し、高くなったら売る、という投機目的の土地ころがしが増えてきた。本法ではこれらの現象に対応し、よりいっそう厳しい規制を設けた。

このように、土地に関する基本法制は、1980年から1994年にかけてほとんど整備された。「条例」と「不動産管理法」は、土地使用権の出讓、取引、監督管理などに関して基本方針を示したもので、土地使用権制度の基本法としての役割は大きいといえる。

(4)「土地管理法」の改正

a 改正の背景

土地の流動化に伴い、1992年からはじまった「房地產熱」(不動産ブーム)は、さまざまな問題を浮上させた。急速な都市化に伴って、耕地流失の問題が深刻化することになったのである。このような事態に対応して、1997年4月中国共産党中央及び国務院は、「土地管理を一層強化し、耕地を確実に保護することに関する中国共産党中央及び国務院の通知」を發布した(いわゆる中央11号文件)。その指導理念は、以下のとおりである。①世界で最も厳格な土地管理制度を採用しなければならない。②長期的に土地を合理的に利用し、耕地を確実に保護するという基本国策を堅持しなければならない。③基本的な政策をもって、耕地の大量減少と人口の大量増加というアンバランスな趨勢を逆転させなければならない。これは、その後の土地管理法改正に対する基本理念となった。

また同年、元国家土地管理局が「土地管理法」の改正チームを発足させた。広範な調査研究を経て、過去の実践経験又は先進国のモデルを参照したうえで、法改正チームが1997年8月18日に「土地管理法」修正草案(審議稿)を国務院に提示した。その後、何度かの修正を経た上で、1998年8月

29日新「土地管理法」が正式に公布され、1999年1月1日から施行された。

b 改正の主な内容

修正後の「土地管理法」は、合計8章86か条からなっている。主な内容は以下のとおりである。

- (1) 従来の建設用地の供給保障という立法理念から耕地を確実に保護するという立法理念に転換された(耕地の占有利用の補償制度の確立・基本農田保護制度の法律化・土地整備制度の重視など)。
- (2) 土地管理の基本システムとして、従来の各クラス政府による「限度許可制」から「土地用途管理制」へと転換された。
- (3) 各クラス政府の土地管理の職務権限の区分においては、市・県政府の一極集中から市場経済または「土地用途管理制度」へと転換された。
- (4) 新「土地管理法」は行政管理法の調整範囲を越え、公民個人の土地財産権の保障が重視されるようになった(土地の請負経営権期限の法定・集団土地所有権の主体の明確化など)。
- (5) 国有資産に対する管理が強化された。

2 法の継受効果の拡大化

(1) 涉外領域から全国内領域へ

前述したように、中国における民事法の継受は「地域性」戦略をとっている。すなわち、継受された法制度を一部の地域で実施してみて、その中で得た経験をもとに、全国に広げるための条件を準備する目的で行われてきた。1980年代から中国の経済特別区で実験された土地法制度の移植は、1990年代に入って、次第に全国領域に拡大していく傾向が見られ始めた。そこでは、外国法制度を継受した涉外法は、国内法の対照物として、模範⁽⁸⁾を示して反省を促すという役割が果たされた。土地法の分野に言えば、香港の土地制度を移植した「出讓土地使用権」制度は実質的に従来の「分与土地使用権」制度の改革の範となっている。

(2) 「分与土地使用権」制度の改革

a 「分与土地使用権」とは

分与土地使用権とは、土地使用者が土地使用権の払下げ（原語：出讓）以外の他の各種方法を通じて法の定めるところにより取得する国有土地使用権のことをいう（「分与土地使用権管理暫定施行弁法」第 2 条。1992 年 3 月元国家土地管理局公布）。さらに、「不動産管理法」第 22 条 1 項により、土地使用権の分与とは、県級以上の人民政府が法により承認し、土地使用者が補償・人員配置等の費用を納めた後に当該土地をその使用に供し、或いは土地使用権を無償で土地使用者の使用に供する行為を指す。本法の規定に従って分与の方式をもって土地使用権を取得したときは、法律・行政法規に別に規定が有る場合を除いて、使用期限の制限はない。

右の条文により、分与土地使用権は以下の二つの側面の内容を含む。一つは分与手続である。すなわち、まず土地使用者は土地の利用について県級以上の人民政府の土地管理部門に申請しなければならない、審査許可を経た後、政府が土地使用者に土地使用権を交付する。もう一つは権利の内容である。すなわち、分与土地使用権は無償で、かつ無期限で使用することができる。但し、利用範囲が制限されている。つまり、「不動産管理法」第 23 条により、以下に列記する建設用地の土地使用権が、確かに必要なものと判断されるときは、県級以上の人民政府は法により分与を承認することができる」とされている。

①国家機関用地と軍事用地。

②都市の基礎施設用地と公益事業用地。

③国家が重点的に支持するエネルギー・交通・水利等のプロジェクトの用地。

④法律・行政法規が規定するその他の用地。

b 「分与土地使用権」の性質

「分与土地使用権」は、原則として譲渡・賃貸・抵当に提供してはならない（「条例」44 条）。しかし、一定の手続を経て、権利を取引することはできる。具体的には、まず、土地使用者は、「分与土地使用権」の譲渡・

賃貸・抵当を行う必要がある場合には、政府の土地管理部門に対して申請証を提出しなければならない。

c 「分与土地使用权」の終了

分与土地使用者が、移転・解散・取消・破産あるいはその他の原因により土地使用を停止したときは、市・県人民政府がその分与した土地使用权を無償で回収する(「条例」47条1項)。また、市・県人民政府は、都市建設の発展の必要と都市計画の要求に基づいて、「分与土地使用权」を無償で回収することができる(「条例」47条2項)。

「分与土地使用权」を無償で回収した時は、その地上の建築物・その他の定着物に対して、市・県人民政府は実際の情況に基づいて適当な補償を与えなければならない(「条例」47条3項)。

d 「分与土地使用权」の転換

(i) 土地使用权「双軌制」の矛盾

「不動産管理法」第39条及び「条例」45条により、分与土地使用权を取得した場合に、不動産を譲渡するときには、認可権をもつ地方政府土地管理部門に報告し、その審査、認可を受けなければならない。認可権をもった地方政府が不動産の譲渡を認めた場合、譲渡人は土地使用权出讓手続きをとり、土地使用权「出讓金」を納めなければならない。また、場合によっては、譲渡人は、行政の規定に従い、不動産譲渡によって得られた収益の中から、土地収益を国家に上納するか、またはその他の処理をしなければならない。

しかし実際には、行政の規定を遵守せず、「分与土地使用权」の闇譲渡、賃貸、抵当がかなり横行した。例えば、多くの分与土地使用权つき中古建物の売買、賃貸は、実質上高値の「分与土地使用权」の売買、賃貸であった。また、立地条件が良い場所にある国有企業は、国の許可なく、無断で企業の用地を出資条件として、外国資本と合併事業を行い、あるいは第三者に賃貸したりしていた。このように、国が本来有する土地利益を国が得られずに、国有土地資産が流出するという問題が生じたのである。

こうして、分与土地使用権と出讓土地使用権との併存（「双軌制」と呼ばれる）により生じた脱法行為を防止するため、分与土地使用権を徐々に出讓土地使用権に同一化するという土地使用権制度の一本化の動きが始まったのである。

（ロ）土地使用権制度の「一本化」——上海市浦東開発区の実験

「分与土地使用権」を有料の軌道に乗せるため、中国では現在、さまざまな措置が講じられている。例として、上海市浦東開発区の例を取り上げよう。ここ数年、上海市では、従来の行政分与方式により取得した「分与土地使用権」を「出讓土地使用権」へと転換することを奨励し、かつ優遇政策を行ってきた。1995年1月から商業、観光業、娯楽業、金融業、サービス業、商品住宅など六つの項目で使用される土地については、現在「分与土地使用権」の場合には、「出讓土地使用権」へと転換する手続を補足しなければならないとし、またこれらの項目の新規用地の場合には、有償出讓の方式により「出讓土地使用権」を取得しなければならないと規定している。上海市浦東開発区では、「分与土地使用権」から「出讓土地使用権」への転換手続を補足する場合、必ず「出讓金」を支払わなければならないとしている。いわゆる「補地価」である。具体的な方法は次のように三つの方法がある。

①現金で土地使用権の「出讓金」を補足する方法。基本的には「出讓金」は現金で一括して支払うべきであるが、一括支払能力がない場合には、年割で徴収してもよいと定めている。つまり、一括前払いで「出讓金」を支払う方法が一般企業にとって負担であるのであれば、存続年数（例えば50年）分の金利を乗せた上で50年間の均等分割払いとすることも可能となる。外観上は地代に見えるが、その本質は出讓代金の分割払いということになる。さらに国の許可を得て、分与土地使用権を譲渡、賃貸もしくは抵当に供することにより取得した収益を出讓金に充当することもできる。

②現物で土地使用権の「出讓金」を補足する方法。この場合には、主に

従来「分与土地使用権」の上に住宅を開発した企業に対して、すでに開発された住宅の一部を無償で上海市政府に与え、現物で土地使用権の「出讓金」に充当することができる。

③国有株への組み込みにより土地使用権の「出讓金」を補足する方法。分与土地使用権者が補足すべき「出讓金」を国有株式に組み込んで、浦東開発区国有資産投資管理部門が国有資産の代表として、国有株を運用する。この方式は、後に中国の国有企業の土地制度の改革方法として採用された。

4 土地制度に関する法継受の「自己反省化」

1 国有企業用地制度の改革と諸法律の整備過程

1992年に「全人民所有制工業企業経営メカニズム転換条例」が制定され、翌年12月に「会社法」も公布され、国有企業の改革が開始された。その主な政策は、国有企業の経営形態には、小企業については賃貸借経営制、大・中企業については請負経営責任制または株式制が導入された。しかしながら、企業の財産価値がまず明確でなければ、政策を実施することができないということで、その前に、國務院に国家資産管理局が設置され、1991年11月に「国有資産評価管理法」を制定して、資産評価に着手した。

国有企業改革が実施される過程において、国の法規定を遵守せず、一部国有企業が従来保有している「分与土地使用権」を闇で譲渡、賃貸すると脱法行為がしばしば見られた。国有企業の「分与土地使用権」に対する管理を強化するため、1993年3月に元国家土地管理局は「分与土地使用権管理暫定施行弁法」を公布し、「分与土地使用権」の譲渡、賃貸及び抵当に係る行為についてのルールを定めた。本法は、従来国有企業が保有する「分与土地使用権」にだけ限定されるのではなく、すべての「分与土地使用権」に適用される。したがって、国有企業が合併・株式化する場合に、「分与土地使用権」がどう評価されるかについては、必ずしも明確で

はなかった。これに対応して、1992年7月に元国家土地管理局及び国家経済体制改革委員会が合同で「株式制試行企業土地資産管理暫定施行規定」を公布した。二年後、上記の法規定を基礎として、より詳細な「株式有限会社の土地使用権管理暫定規定」(1994年12月に元国家土地管理局・国家経済体制改革委員会が公布)が施行された。さらに、1998年12月に元国家土地管理局が国有企業の改革を一層促進するため、「国有企業改革中の分与土地使用権管理暫定規定」を公布した。翌年11月に新たに成立した国土資源部が「土地資産の管理を強化し、国有企業の改革及び発展の促進に関する若干の意見」(以下「若干の意見」という)という通達を出した。こうした一連の法規の具体的な内容は、後に詳述するが、要するに、国有企業が、株式制企業を新設し、又は株式制企業へ改組する場合、あるいは企業グループに再編する場合、株式合作制に改組する場合、あるいは国有企業が賃貸で経営する場合、国有企業が吸収、合併された場合、関係する国有土地使用権は不動産鑑定機関によって評価されなければならないということである。その評価額は、政府関連部門に報告されて確認を受けた後に、確定された土地資産額となる。新設または改組された企業は、土地の使用について、国家土地管理部門との間に「出讓方式」(出讓制)、「賃貸借方式」(年租制)、「株式方式」(作価入股制)、「授權經營方式」(授權經營制)などそれぞれの方法で土地使用権を取得する。そのうち、「賃貸借方式」は、近年中国各地で実験され、すでに一定の成果をあげている。これを踏まえて、1999年7月に国土資源部が「国有地賃貸借の規範についての若干の意見」(以下「規範意見」という)という通達を出し、国有土地の賃貸借制度を奨励する姿勢を見せはじめた。以下、その具体的な内容を見てみよう。

2 国有企業の用地制度改革への反省

中国における土地に関する継受法の拡大は決して容易なことではない。現段階では、国有企業用地制度改革に着手するに際しては、非常に実験的な要素を含んでおり、この改革では「出讓土地使用権」を中心とする継受法制度の無条件的な拡大に対して反省の色が現れ始めている。

(1) 国有企業用地制度に関する改革の試験措置

前述したように、国有企業が保有する「分与土地使用権」は原則的に処分権を有していない。しかしながら最近では、国有企業の経営メカニズムの転換が進み、企業が有している国有土地をどのように活性化するかについて、中国政府は、これまで行政分与の形で与えていた土地使用権を有償出讓方式に切り換える方針をとりはじめた。現在、全国の若干の都市で実験的に実施されている国有企業改革の過程において、その主な目標は、「分与土地使用権」をいきなり「出讓土地使用権」に転換させるという従来のやり方を修正し、段階的かつ多様な方法を用いて国有企業の用地制度の活性化を狙うというものである。すなわち、国有企業が持っている「分与土地使用権」をいかに合理的に企業自身の法人財産に変えるかについて、様々な制度的な試験が行われてきたのである。中央政府はこの目標を実現するため、経営困難に直面している国有企業に対してかなりの優遇政策を取ってきた。現段階では主に次の四つの試験措置が講じられている。

①有償出讓契約手続による土地使用権の取得（「出讓方式」）

「出讓方式」とは、国有企業が企業を新たに設立したり、又は株式会社、有限会社へ改組したりする場合に関係する国有地使用权に関して、土地使用者が国家の土地管理部門との間に、出讓契約の方式によって「出讓土地使用権」を取得する方法である。取得した土地使用権は企業に保有され、譲渡、賃貸、抵当などを行うことができる。その際には、土地管理部門に対して土地登記又は土地登記の変更を申請し、新しい国有土地使用証を受け取ることになる。

②賃貸借契約による土地使用権の取得（「賃貸方式」）

「賃貸方式」とは、土地使用者と所在地の地方政府土地管理部門との間に一定期間の土地賃貸借契約を結び、賃料を支払い、土地使用権を取得するというものである。賃貸人（国を代表する政府の土地管理部門）の同意がある場合、賃借権が譲渡されうる。

③国有株への組み込みによる土地使用権の取得（「株式方式」）

土地使用権の「株式方式」(原語: 入股) とは、国が一定期限のある土地使用権をもって、その評価額を出資金として再編制された企業に投資するというものである。つまり、この場合には、中央政府が授権した国有持株会社が国を代表し、一定期間の国有土地使用権の評価額を国有株という形態で新会社に出資することによって、新会社は土地使用権を保有し、法律に従って、それを譲渡、賃貸、抵当することができる。新会社は、政府の土地管理部門に対して土地登記の変更を申請し、新しい国有土地使用証を受け取ることになる。

④従来の「分与方式」

国有企業の改革を実施する際に関連する「分与土地使用権」は、以下各号に掲げる状況を有する場合、政府の許可を経て、「分与方式」を保留することができる(「国有企業改革中の分与土地使用権管理暫定規定」第8条)。

(a) 引続き都市の基礎施設用地、公益事業用地及び国家が重点的に支持するエネルギー・交通・水利等のプロジェクトの用地として利用し、土地使用用途の変更が生じない場合(ただし国有企業が会社制に改造又は改組される場合を除く)。

(b) 国有企業が国有企業又は非国有企業を吸収合併する場合及び国有企業同士が合併する場合、或いは合併された後の企業が国有企業である場合。

(c) 吸収合併された国有企業が破産状態にある企業である場合。

(d) 国有企業が国有独資会社に改造又は改組される場合。

しかし、(b) (c) (d) 項目の「分与土地使用権」の保留期限は五年間を超えてはならない。

(2) 賃貸借土地使用権の創設

国有土地の有償利用方式の多様化のため、近年中国における国有企業用地制度の改革は、土地使用権の「出讓」制度と並んで「賃貸借」制度が推奨されている。その理由の背景は、数年間の実践から見ると、「出讓方式」を通して土地使用権を取得する企業は、主に外資企業や不動産開発業者な

どであるということである。経営に苦しむ大多数の国有企業が巨額な土地使用権「出讓金」を納付することには無理があったのである。また政策上、「出讓方式」制度が国有企業にうまく機能しなかったという側面は否定できない。したがって、国有地の「賃貸借」制度は国有企業改革のコストを減輕し、国有企業に最適な土地利用制度であると同時に、国も持続的に安定的な財政収入が得られる、と主張する意見が現われた。

前述したように、国有土地の賃貸借は、当初実体法上の根拠が存在しないまま、先に中国の幾つかの都市で実験的に行われていたものである。1994年12月3日に元国家土地管理局及び国家体制改革委員会が合同で公布した「株式有限会社土地使用権管理暫定規定」第9条により、国家が「賃貸借方式」で、土地使用権を会社に賃貸する場合、定期的に「賃料」を徴収することができる⁽⁹⁾と定められている。ここで、初めて「土地使用権の賃貸借」という用語が現われた。その後、1998年2月17日に元国家土地管理局が第8号令で公布した「国有企業改革中の分与土地使用権暫定規定」第3条、第5条により、「土地使用権の賃貸借」について一層規範的な条文内容が設けられた。そして、1999年1月から施行された修正後の「土地管理法实施条例」第29条により、国有土地の有償利用方式の一つとして国有土地の賃貸借が含まれる、と規定された。これにより土地使用権の賃貸借に対する最も有力な法的根拠が与えられたのである。

各地の実践経験を踏まえた上で、1999年7月27日に国土資源部は「国有土地賃貸借の規範についての若干の意見」(以下「規範意見」という)を正式に発布した。以下、主にこの「規範意見」に基づいて、「賃貸借土地使用権」の内容を概観しよう。

(3)「賃貸借土地使用権」の内容

①概念

国有土地の賃貸借とは、国が国有地の土地使用権を一定期間内に土地使用者に賃貸し、土地使用者が県クラス以上の人民政府土地管理部門との間に土地使用権の賃貸借契約を締結し、賃料を支払う行為のことを指す

(「規範意見」第1条2項)。国有地の土地所有権の賃貸借は国有地の有償利用の一つの形態として、土地所有権の「出讓方式」制度を補完するものである。このような方式で取得された国有土地の所有権は、一般に「賃貸借土地所有権」と呼ばれる。

②使用期間

国有土地の賃貸借契約は、普通「長期賃貸借」と「短期賃貸借」の二種類に分けられる。短期間の使用のため或いは臨時用の建物を建築するため、土地を利用する場合には、五年間の期限を超えてはならない「短期賃貸借契約」を締結しなければならない。地上の建築物を長期的に利用する場合には、「長期賃貸借契約」を締結しなければならない。使用期間は契約により約定することができるが、最高期限は「出讓土地所有権」の同類用途の法定期限を超えてはならない(「規範意見」第4条)。

③契約の内容

期限六か月以上の国有土地の賃貸借を締結するためには、市・県の政府土地管理部門と土地使用者との間で賃貸借契約が締結されなければならない。契約内容は以下の項目からなる。①賃貸人及び賃借人、②土地の場所、範囲、面積、③土地の用途、④土地の使用条件、⑤賃借期限、⑥基準賃料及び支払時期、方法、⑦基準賃料の調整時期と調整の幅、⑧賃貸人、賃借人の権利義務(「規範意見」第5条)、などである。

④権利内容

土地使用者は賃料を支払い、かつ契約により定められた開発義務を完成させた後、政府の土地管理部門の同意を経て、或いは契約の約定に基づき、「賃貸借土地所有権」を譲渡、転賃、抵当に供することができる。その際には、法に基づいて登記しなければならない(「規範意見」第6条1項)。

⑤期間の存続

「賃貸借土地所有権」の使用期限が満了したときは、賃借人は期間継続を申請することができる。公共の利益の必要性に基づいて、その土地を回

収する場合を除いて、期間継続の申請を許可すべきである。期間継続を申請しない場合あるいは申請が許可されない場合、国が無償で「賃貸借土地使用权」を回収することができる。その際、賃借人には、地上の建物、定着物を撤去し、土地を原状に回復する義務がある（「規範意見」第7条2項）。

⑥権利の回収

契約で約定した使用期間内においては、国家は原則として土地使用者が法により取得した「賃貸借土地使用权」を繰上げて回収してはならない。公共の利益の必要性に基づいて、国家が法律的手段に従って繰上げて回収する場合には、賃借人に対して合理的な補償を与えなければならない（「規範意見」第7条1項）。

しかしながら、次のいずれかの場合には、土地管理部門が賃貸借契約を解除し、法により「賃貸借土地使用权」を回収することができる（「規範意見」第7条3項）。

(イ)賃借人が契約で約定した開発義務を履行しない場合、
(ロ)政府土地管理部門の同意を得ずに、勝手に「賃貸借土地使用权」を譲渡、転賃する場合、

(ハ)契約で定められた時間内に賃料を支払わない場合、などである。

⑦適用範囲

国有地の「賃貸借」制度は現在ではまだ実験段階にあると言える。国有企業の改革を実施する際に関連する「分与土地使用权」に関しては、「賃貸借方式」で土地を流動化させることが政府から奨励されるが、新規増加の建設用地に関しては、依然として「出讓方式」で国有地を流動化させるべきであり、「賃貸借方式」は一つの補完であるにすぎない（「規範意見」第1条）。不動産開発の用地に関しては、原則として「出讓方式」で土地使用权を取得し、「賃貸借方式」を採用しないものとされている。

3 小括

以上のような立法プロセスを回顧すれば、中国における土地法に関する

外国法の継受は、次の二つの特徴が見られる。第一に、継受された法制度を最大限に活用し、問題にぶつかると、それを変容して修正していくということである。第二に、立法的継受を漸進的社会工学として捉え、最初から法体系上の完璧さに拘束されることなく、経験上の実践をくりかえしながら、条件が熟したと思われる規範内容のみを単行法として試行するということである。

5 中国の土地賃貸借法制における法継受の戦略

1 法継受の媒介形態としての「法律試行」

中国では、各国の立法や実践的经验から自国の実情に適合する最良の規範形態を選択するために、主として「法律試行」の制度を活用している。⁽¹⁰⁾ 浅井教授の研究によれば、中国における「試行法」とは、全国で公布かつ実施され、その効力がほかの法律・法規とほぼ同一であり、ただ試行という目的により法律実施過程における世論の反応や規制の問題点などに特別な注意を払い、補充・改正意見の収集に積極的に取り組むという点で異なるにすぎない。⁽¹¹⁾ このような方式の下では、法秩序そのものは、すでに普遍的で、かつ拘束的な法規範よりは、暫定的で、常にその時々状況に応じて修正してゆくといったものとして特徴づけられるようになっている。したがって、「試行法」の範囲には、「暫定」、「条例」というような中間法、または「章程」、「弁法」というものも含まれていると考えていいだろう。「法律試行」の形態は、通常ある地域の実践で得られた成果を経験として交流させ、全国に広げさせるという形を取る。

したがって、中国における土地使用権の出讓及び譲渡に関する法制整備のため、まず幾つかの都市が実験地域として指定され、全国的な制度化のための経験を模索する地方立法が先行した。1990年に制定された「条例」は、まさにこのように深圳や上海などの地方都市の実践経験によって表現される一定の制度モデルを、国家公権力が容認し支持することによって、

新しい法秩序を創設していくものであった。

2 中国の土地賃貸借法制における法継受の戦略

(1) 経済特別区による法の継受戦略

経済特別区における涉外法実務に応じて行われる法継受は、選択的かつ混合的な摂取という特徴をもつ。その適用範囲は、季衛東教授が指摘したとおり、部分的な地域において外国法の継受を行い、その拡大を図ることによって、段階的に中国社会全体へ波及・浸透していくことになる。⁽¹²⁾

(2) 「法律試行」の継受戦略

継受法と継受した国の社会との間に、拒絶反応の現象が十分起こりうる。そこで、ある種の媒介システムが必要になってくる。中国では、「法律試行」がまさに継受法と社会現実の変容に容易に対応するための一つの重要な操作道具として成立してきた。このような「法律試行」の継受戦略には、次のような特徴が指摘されている。第一に、継受した法がまず一部の地域で実施され、その中で得た経験をもとに、将来全国に広げるための良好な条件を準備する目的で行なわれてきたことである。このように、主体（継受する側）と客体（継受される側）との学習過程が、その構造的特徴をなしている。第二に、「法律試行」という現象には、近代科学的な実験という要素が含まれていることである。制度設計者があらかじめ継受法制度の効果を検証する実験でもある。そこにおいて、制度設計者が一定の法モデルを前提としながら、中国現実社会の自己組織化メカニズムを通して適切な規範・制度を模索する実践を行うのである。⁽¹³⁾しかしながら、試行法の継受戦略の欠点は、継受される法の整合性や法の安定性の面が問題が残った。

6 中国の土地賃貸借法制における法継受のモデル転換

1 土地物権に関する継受法の対象転換——実務継受から学説継受へ

1980年代、経済特別区において涉外実務領域における実用のために、外国法制度を選択的に移植し、継受された法の整合性が、主に行政官僚によ

って軽視される傾向があった。1990年代に入って、特別経済区で先行した経験を学習していくうちに、次第に実務上の継受から学者を中心とする学説上の継受へ変わってきた。その結果、継受された法の体系化が重視されるようになった。

2 用益物権の構成

(1) 学説継受

a 「地上権」理論の継受をめぐる論争

現在中国においては、物権法の制定に向けて、現行法上の「出讓土地使用権」は今後の物権法体系においてどのように位置づけるか、という議論が焦点になっている。この問題をめぐって、最近登場した有力な学説は、「出讓土地使用権」を一律に「地上権」に転落せしめ、一種の用益物権として構成するいわゆる「地上権継受論」である。この説によれば、「出讓土地使用権」は実質上伝統的な大陸法系の「地上権」と等しく、両者の法的性質は同様であり、したがって、「出讓土地使用権」はむしろ「地上権」という法概念に言い換えられるべきであると主張する。

これに対して、次のような反論がなされている。すなわち、「出讓土地使用権」は、伝統的な大陸法上の「地上権」と違って、中国が独自に考え出した新しい種類の物権である。したがって、物権法は「土地使用権」という法概念を引き続き用いるべきであると主張する。両説の間には、土地使用権の内容について認識の相違が多少存在するが、物権法体系の構築について、「出讓土地使用権」を一種の「用益物権」として物権法に盛り込むべきであるという点では基本的に立場は一致している。

b 学説継受の意味

学説継受の意味については、少なくとも次のような二つの側面があると考えられる。第一に、学説継受を通じて、中国の民法理論は、社会主義法理論一色の状況から脱皮し、西欧の法理論に近づいた。第二に、実務上の継受によってもたらされた法の不整合性が学説継受による同化作業を通じて解消された。すなわち、継受された法の安定化・体系化の面で、学説継

受は重要な役割を果たしている。その結果、中国民法の理論体系はある程度整理されることとなった。他方において、1980年代以前の社会主義法に基づいて形成された法理論との断絶現象が見られる。つまり、学説継受により、構築された民法学と予想される社会的現実との間に緊張関係が発生することになる。

(2) 立法継受

土地使用権は、右に見たように、「試行法」という形態によって形成されたのであったが、それは果してどれだけの法的保護を受け、いかなる範囲において効力をもつのかについては曖昧な点が少なくない。したがって、これらのことを法的に確定し、涉外実務の領域での用地制度の改革のプロセスを経て形成された新たな土地制度を、体系的な法規範によって明確に保障することが強く要望されることとなった。この役割を果すのは「物権法」であるに違いない。以下において、現段階で物権法に関する梁慧星教授案と王利明教授案が構想した用益物権を概観し、それぞれの権利の構成を分析していくことにする。

a 両草案における用益物権の構成

前述したように、梁慧星草案においては、用益物権として基地使用権(第196条以下)、農地使用権(第230条以下)、隣地利用権(第260条以下)、典権(第288条以下)などが規定された。他方王利明草案においては、土地使用権(第233条以下)、農村土地請負経営権、(第271条以下)住宅敷地使用権、(第298条以下)地役権、(第310条以下)、典権(第339条以下)、空間利用権(第361条以下)などが規定された。

b 評価

①権利の束の整理

梁案においては、狭義上の「土地使用権」概念を採用している。「分与土地使用権」や「集団土地使用権」「住宅敷地使用権」をそれぞれ別個の特別立法に委ねようとする態度をとっている(第202、204条)。「基地使用権」という概念が、「出讓土地使用権」という明白な一個の権利に定着す

るように見える。これに対して、王案は広義上の「土地使用权」概念を採用している。つまり、「出讓土地使用权」、「分与土地使用权」、さらに「集団土地使用权」が「土地使用权」(第233条)という広い概念にとって代わられている。そして、「住宅敷地使用权」(第298条)が一つの独立した用益物権として単独で規定されている。ここでは、従来の土地制度の改革において現われてきたさまざまな土地の諸利用権が、当然に用益物権へ転化されてしまったとみることができる。したがって、両草案の土地使用权制度の背後に横たわる「土地使用权」の概念構築の点に、両草案の差異が明白に現われている。

②女王の仮面

いわゆる開発目的を達成するための従来の行政管理法上の「制限規定」が、両草案において「強行規定」として定められるのかについて、実際の条文を見ると、やや相違が見られる。梁案においては、基地使用权の行使(第211条)について、国有土地上に基地土地使用权が設定される時、基地使用权者の土地開発義務に対する特別な約定がある場合、基地使用者はその特別な約定に従って右の義務を履行すべきである、と規定されている。他方、王案においては、土地使用权を譲渡・賃貸する条件として、土地使用权出讓契約に規定される期限と条件に応じて土地の開発、利用をしない場合に、土地使用权を譲渡、賃貸してはならないとされている(第246、253条)。

したがって、梁案においては、土地使用权が行使される際にさまざまな制限を、ある程度緩和したというイメージがあるといってよい。この態度は、土地使用权の強化という面で現われている。しかし、ここに土地使用权の強化といっても、土地公有性や都市計画との関係がどの程度意識されているのかについて疑問がある。むしろ王案の方は、都市計画理念の意図を示したものとさえいえる。その意味で、法の継受の視点から言うと、梁案の性格は、その範型となった大陸法系上の用益物権制度により近いものといえよう。

3 まとめ

以上、分析したように、中国における土地制度に関する外国法の継受は、まず部分地域での実験を経て、その経験を中国政府が典型として全国に宣伝して、そこで、そのモデル形態によって表現される一定の制度・秩序を国家公権力が承認するという形で行われるに至った。したがって、中国政府の推進する土地制度の改革は、より成熟した段階にきていると言えるだろう。

もちろん、すでに公布されている「条例」や「不動産管理法」のような中間的法形態(「試行法」)においては、すでに一つの土地制度のプランが展開され、独自の土地使用权の構成が示されている。しかしながら、物権法によって、土地使用权の確立を完成していくという段階にはまだ達していない。その意味で、物権法に関する諸草案は、まさに中国政府の推進している土地制度の改革の方向を民法的に確認し、促進したものであると思われる。そこでは、従来においてすでに形成されてきた土地制度を若干修正しながら、「試行法」形態からより体系的な法形態へ形成していくことになる。

7 小括——中国の土地賃貸借法制における法継受の「反省メカニズム」

1 システムの理論と「反省的法」

システム理論によれば、あらゆるシステムの作動は、つねにシステム自身に関係し、システムを構成する諸要素を通じて、自己自身を再生産する。それゆえ、自己言及的システムは、その再生産において閉じられたシステムであり(規範的閉鎖性)、同時に、この再生産が環境世界を通して起こるという点に限って、開かれたシステムである(認知的開放性⁽¹⁴⁾)。つまり、学習を拒否する規範的閉鎖性と社会に適応するために法の変更を求める認知的開放性とを、法の内部で結びつけながら持続的に自己再生産を遂げてゆくということが、法システム理論の主張である。

2 「法律試行」における規範性と認知性の構造

「法律試行」が実施されると、その効力は正式な法律と同様であるが、試行という目的により、常に補充、修正されるという側面もある。法システム理論に照らせば、前者は法の規範性に、後者は法の認知性にそれぞれ対応しており、両者は合わせて「法律試行」の構造的特徴を表している。季衛東教授が指摘したとおり、「法律試行」の最初の発想は、一定の実践的目的を達成するための最も有効かつ適当な手段を確認するというものであった。すなわち、その目的は立法の合理性と実効性を確保することにあるので、法律試行制度は試行錯誤を繰り返し、自己調節を通じて外的環境に適応し、予想目標に近づいていくという一つのフィードバック・システムとして理解されうる。それゆえ、「法律試行」は、規範観念の中に学習の契機を組み込むという意味で、法制度の内部で一種の反省メカニズムを形成する可能性がある。⁽¹⁵⁾したがって、「法律試行」はまさに一種の「反省的法」と言える。

3 法継受の反省メカニズム

中国の土地賃貸借法制においては、改革初期のイギリス法モデルが単に媒介システムであったことをはじめ、その後独自の論理に従って継受法自体が変容し進化し、そして法の継受・発展の諸結果としての中間的法形態（法律試行）からさらにより体系的な法形態（「物権法」という単行法）への一連のプロセスとして捉えた方がより正確であろう。したがって、中国賃貸借法制における法の継受は、特定の国の包括的継受ではなく、むしろ選択的混合的摂取という特徴をもつ。その意味で、中国の法継受は、常に「反省メカニズム」を前提とするものであるとともに、反省と密接に依存し合って発展する流動的過程でもある。このような反省性の媒介システム（媒介の要素、装置、形態）を考慮に入れて、はじめて中国法における法継受の反省メカニズムを解明することが可能となる。したがって、特定の国の法モデルをもって、今後、中国の土地賃貸借法制度を更に構築することには限界があると思われる。言いかえれば、中国の土地法制度はもはや絶対的な法継受モデルを有しない。中国の現実社会という文脈の中で、西欧

型近代財産法上のさまざまな構成要素を一つ一つの媒介要素として、中国土地法に接近することが有効であると考えられる。そして、従来の土地所有制度の「解体」の結果でもある諸困難を解決するための「一つの秩序ある方法」として、「土地使用権」という媒介装置が用意された。この媒介の権利装置はあくまでも不安定的流動的なものであり、かつ常に変容、反省などを通じて内発的に実現されていくこととなる。それゆえ、中国土地法は変更可能なものとして、「法律試行」という媒介形態をもって「自己反省」という現象を生じさせている。もちろん、このような「反省」がいつまでも終わらないわけではなく、問題となるのは、「法律試行」という体験可能なものがどのようにして実体法として加工しうるのか、その方法は大陸法的理論に頼らざるを得ないのか、それとももう少し「観察期間」を設ける必要があるのか、ということである。

- (1) 国家土地所有権の法的根拠については、憲法第10条の他、1999年1月に施行された新「土地管理法」第2条により、中華人民共和国は土地の社会主義的公有制、即ち全人民所有制と勤労大衆集団所有制を実行するという点があげられる。さらに第9条によると、国有の土地を法により全人民所有制単位あるいは集団所有制単位に使用させることができ、国有土地と集団所有の土地を法により個人に使用させることができる。土地を使用する単位と個人は、土地の保護・管理と合理的利用の義務を有する。そして1986年に制定された「民法通則」第80条により、国家所有の土地を、法により全人民所有制単位が使用しても、法により集団所有制単位が使用するように決めてもよく、国家はその使用、収益の権利を保護する。使用単位は管理、保護、合理的利用の義務を負う、と法は定めている。
- (2) その後、1983年9月に國務院が公布した「中外合資経営企業法实施条例」により、合資企業の土地使用権制度がいろいろ詳細に規定された。同法第100条により、共同で経営する企業の土地使用権の使用期間は、各職種と事業の状況により、合作の双方が協議して確定することができる。一般的な経営項目については、原則上は10年—30年であり、場合により30年以上も可能である。
- (3) 王家福・黃明川著 野村好弘・小賀野晶監訳『中国の土地法』(成文堂・1996年) 135頁以下参照。
- (4) このようなさまざまな制限があるため、最近では外資企業が、直接不動産開発企業やその他の出讓土地使用権者との土地使用権譲渡契約を通じて、土地を取得するケースが増えてきた。あるいは、今まで使用している土地が有償出讓手續によって補足され、「出讓金」が納付されることによって「出讓土地使用権」へと転換さ

れていく場合もある。

- (5) たとえば、広州市での中外合資企業などの土地使用制度によれば、土地使用料基準は、土地の用途などの違いにより、七種類に分けて計算されて徴収される。土地使用料は、1年ごとに納付される。土地使用開始後の最初の5年間以内は、使用料は調整されない。それ以後、次第に増額することができ、その調整間隔は3年以上としなければならない。上海市では、5年以上経つ合資、外資企業には、95年7月からすでに調整した後の新土地使用料基準が採用されていた。
- (6) 季衛東「中国における西欧法継受の『租界化』戦略」法社会学43号148頁。
- (7) 詳細について、房維廉編『中華人民共和国城市房地產管理法新釈』（人民法院出版社・1998年）参照。
- (8) 季・前掲注（6）149頁。
- (9) ここでは、土地所有権の賃貸借ではなく、あくまでも土地使用権の賃貸借である。
- (10) 季・前掲注（6）150頁。
- (11) 浅井敦『現代中国法の理論』（東大出版会・1973年）161頁以下参照。季衛東教授は「法律試行」の基本的構成要素は、①法に一定あるいは不特定の観察期間を設定すること、②緊密な情報・意見の交換によって法の認知性を強化すること、③規範の修正可能な柔軟な構造を形成することなど挙げられる。詳細について、季衛東『超近代の法』（ミネルヴァ書房・1999年）237頁参照。
- (12) 季衛東「涉外実務の法継受メカニズム——中国における民商法の整備を中心として（二）」民商法雑誌106巻1号25頁。季教授はこれを「移植租界」型の法継受戦略と呼ぶ。
- (13) 詳細について、季衛東『超近代の法』（ミネルヴァ書房・1999年）237頁参照。
- (14) 詳細について、拙稿「中国における出讓土地使用権の法的性質——中国土地所有権法研究序説——」早稲田法学75巻2号299頁以下参照。
- (15) ニクラス・ルーマン著・土方透訳『法の社会学的観察』（ミネルヴァ・2000年）10頁以下。
- (16) 季・前掲注（13）236頁。